

DEBER DE DILIGENCIA DE LOS ADMINISTRADORES, REGISTRO DE LAS OPERACIONES SOCIALES, PERJUICIOS A LA SOCIEDAD E INSOLVENCIA. SIMETRÍA ENTRE NORMAS SOCIETARIAS Y CONCURSALES

Juan Pablo Orquera

Sumario

Las normas societarias (arts. 1º, 2º, 18, 19, 59, 54, 157, 274 y conc.) imponen a socios, administradores y terceros vinculados al Ente un obrar ajustado a derecho, además de leal, prudente y nunca y por ningún motivo extrasocietario, de modo que los daños producidos al Ente o terceros, se imputan directamente a los intervinientes, fueren estos socios, administradores, controlantes o terceros. En igual situación se han de encontrar aquellos que participaren sociedades de objeto ilícito o de actividad ilícita, como asimismo los que con su voto concurrieron a formar voluntad social de una resolución nula y dañosa. En la misma lógica las normas concursales (arts. 118, 119, 160, 161, 173 y conc.), son simétricas con las societarias en cuanto imponen responsabilidad e incluso autorizan la extensión de la quiebra a sujetos *in bonis*, pero que hubieren participado en actos lesivos. En ese contexto se impone la necesidad de discriminar claramente la situación patrimonial del Ente y a tal efecto un relevamiento de la jurisprudencia viene a demostrar que la regular registración contable pasa a ser un elemento esencial para verificar la diligencia de los administradores y una correcta discriminación de activos y pasivos.

A. Conforme a la regla del art. 59 L.S.C. los administradores han de responder solidaria e ilimitadamente por los daños que produzcan a la sociedad o a sus socios o a terceros por su acción u

omisión sea que obraron imprudente o deslealmente ⁽¹⁾. Y a su vez esa responsabilidad será solidaria en los supuestos de administración plural, quedando a salvo aquel administrador que no pudo evitar la imprudencia o deslealtad lesiva y dejó a salvo su oposición (v. arts. 157 y 274 L.S.C.).

En la misma línea el art. 54, dispone que el daño producido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen ⁽²⁾, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar. Y, en igual sentido, cuando la actuación de la sociedad encubra fines extrasocietarios, se constituya en un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Lo dicho porque las sociedades comerciales gozan de personalidad jurídica en función de los fines previstos en la ley y de estos principios se derivan dos consecuencias: a) Que la personalidad jurídica societaria es meramente instrumental, y b) Que los fines sociales, en cuanto están regulados por la ley, han de ser inexorablemente ajustados a ella, es decir siempre lícitos (v. arts. 1º y 2º L.S.C.). En igual sentido cuando la personalidad jurídica es usada en fines ajenos a la ley o estándares de buena fe o moral media o es utilizada para burlar derechos de terceros, los daños producidos, se imputan

(1) "Sí bien los administradores no son mandatarios sino órganos de la sociedad, sí son representantes de ésta que, en cuanto personas individuales, administran y gestionan bienes e intereses ajenos. En esa actividad de gestión deberán ser leales con la persona que les encarga la función de administrar sus intereses y obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Cuando así no lo hicieren, serán responsables por los daños y perjuicios que ocasionen a la sociedad" (Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales, Anotada y Concordada*, La Ley, Bs. As., 2006, t. I, p. 881).

(2) "Atalante Corporación c/ Lanín S.A., 26/2/1982, CNCom., Sala D; *El artículo 33 de la ley 19.550 establece qué debe entenderse por sociedad controlada y controlante, pero de manera alguna implica desconocer la personalidad jurídica de cada uno de los entes. El control societario, que menciona el artículo 33 citado, podría llevar en determinadas circunstancias a la determinación de responsabilidades de las sociedades integrantes, mas en principio no podría invocarse por éstas, para suplantar la calidad de sujeto de derecho que cada una revista.*

directamente aquellos que intervinieron, sean socios o controlantes o terceros (art. 54 L.S.C.).

También hay otros supuestos en los cuales la responsabilidad de los accionistas se torna ilimitada y solidaria: a) *Los artículos 18 y 19 L.S.C. castigan a los socios de sociedades de objeto ilícito o que desarrollan actividades ilícitas, entre otras sanciones, con la responsabilidad ilimitada y solidaria por el pasivo social y los perjuicios causados* ⁽³⁾... y b) *El artículo 254 L.S.C. (primer párrafo) L.S.C., sanciona con responsabilidad solidaria e ilimitada de aquellos que con su voto concurrieron a formar voluntad social de una resolución nula y que, por supuesto hubiere producido daños* ⁽⁴⁾. Hasta aquí, el panorama nos muestra que socios, administradores y otros terceros vinculados al colectivo, responderán por los perjuicios causados a terceros por su obrar lesivo.

B. En la misma línea cuando el pasivo social es tan cargado que no puede ser cancelado por los medios habituales se producirá la insolvencia societaria, de modo que la quiebra se presenta como una forma de responsabilidad del patrimonio social -impotente ⁽⁵⁾ - y, en un caso extremo, el pasivo social se puede imputar a los socios y administradores sociales, apareciendo como una forma de responsabilidad patrimonial de "no fallidos", con miras a incrementar el producto repartible entre los acreedores de la fallida ⁽⁶⁾. Los mecanismos para imputar responsabilidad a terceros y a efectos de mejorar el activo repartible, son: a) las acciones de ineficacia concursal

(3) "... salvo buena fe de los socios en el último de los supuestos; buena fe que, de acuerdo con el texto expreso del artículo 19, no se presume, sino que debe ser acreditada por quien invoque ser ajeno a la operatoria habitual de la sociedad (Nissen, Ricardo A., "Un magnífico fallo en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica", Errepar, julio 1998).

(4) Autor y ob. cit..

(5) "La quiebra sujeta a la casi totalidad de los bienes del fallido (activo falencial, art. 107 L.C.Q.) a un destino liquidativo, para satisfacer las deudas anteriores a la declaración de quiebra y las deudas generadas por el proceso concursal (pasivo falencial, art. 104 L.C.Q.)... de esa manera se efectiviza la responsabilidad patrimonial del fallido" (Rouillón, Adolfo A.N., *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522*, 15ª ed., Astrea, Bs. As., p. 279).

(6) Autor y ob. cit..

(art. 118 L.C.Q.); b) las acciones individuales contra gestores de los negocios sociales y otros terceros que no fueren administradores (art. 173 L.C.Q.) y c) la extensión de quiebra a los socios ilimitadamente responsables (art. 160 y ss. L.C.Q.). Todo, sin perjuicio de otras formas de responsabilidad de terceros, pero que se regulan por fuera del sistema falitario, como son las acciones de derecho común, regidas por las normas del Código Civil.

En el supuesto de la extensión de quiebra, vemos que se presenta como una forma especial de responsabilidad de sujetos *in bonis*, que resultan alcanzados por los efectos de la sentencia de quiebra de la sociedad, que admite las causales taxativamente establecidas en el art. 161 L.C.Q. a saber: a) Actuación en interés personal ⁽⁷⁾; b) Abuso de la situación de control; c) Confusión patrimonial inescindible. En ellos vemos que se refleja la consecución de fines extrasocietarios, por parte de los controlantes, gestores o socios (art. 54 L.S.C.)

En este contexto resulta inoponible la personalidad jurídica societaria, haciendo así posible que los acreedores agredan el patrimonio de los responsables del aumento del pasivo o disminución de activos, sean estos administradores, socios o terceros.

C. Vemos, entonces que la limitación de la responsabilidad ya no resulta una restricción válida para repeler las acciones que se pudieren intentar para agredir el patrimonio de los responsables de la insolvencia. Lo dicho porque la limitación de la responsabilidad ha de ser sólo una consecuencia y no la causa de la existencia de la

(7) *"La extensión de la quiebra como sanción presupone un provecho personal en perjuicio del fallido, tanto en el supuesto de apariencia como en el de desviación del control (art. 161 incs. 1 y 2 L.C.Q.) la imposibilidad de determinar la verdadera persona del deudor, o como si éste hubiere sido uno solo en la confusión (inc. 3). Toda la problemática de la extensión de la quiebra debe ser interpretada cautelosa y restrictivamente. En el caso, aún admitiendo que pudo mediar un uso antifuncional de la figura social, al no aportar a la misma como capital los bienes necesarios para cumplir con el objeto social, dicha circunstancia no observada por la municipalidad que igualmente le otorgó la concesión del servicio, era manifiesta y no encuadra dentro de ninguna de las situaciones previstas en el art. 161 (citado. C. Concep. del Uruguay (E.R.) Sala Civil, 4/7/02; "Delsart, Oscar R. y otros c/ Bonelli, Próspero César y otra s/ Pedido de extensión de quiebra en autos Transportes La Unión S.R.L. s/ Quiebra" (Colección Zeus, t. 92-J-275)*

personalidad jurídica societaria ⁽⁸⁾, entonces, teniendo a la limitación de la personalidad como una excepción al principio de la universalidad del patrimonio aparece prístinamente justificada asociada a la licitud de la actuación societaria.

Así las cosas y para demostrar la licitud del obrar societario y/o de los integrantes de sus órganos de administración o gobierno o aquellos relacionados con ella en ejercicio de control, existen medios establecidos, cuya validez puede ser calificada como universal. Nos estamos refiriendo a los medios probatorios como es el caso de la regularidad de los registros contables ⁽⁹⁾.

D. Entonces debemos tener especialmente en cuenta que la obligación *ex lege* que pesa sobre los administradores sociales en orden a llevar cuenta y registro de las operaciones sociales ⁽¹⁰⁾, es a su vez la

(8) Autor y ob. cit., advertimos que la destacable crítica que hace este notable autor, porque si bien se refiere a un fallo que invocare inoponibilidad en una causa laboral y refiriéndose a la infracapitalización: *“Las sociedades anónimas no han sido creadas por el legislador como instrumentos para limitar la responsabilidad de sus integrantes ni para quebrar los principios generales de la universalidad del patrimonio de las personas físicas, sino como contratos idóneos para la concentración de capitales a los efectos de emprender negocios de gran envergadura. El razonamiento correcto es el inverso: los riesgos económicos que suponen tales emprendimientos justifican la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas, como aliciente para participar en estas empresas. El capital social en las sociedades, donde los socios o accionistas tienen limitada su responsabilidad al aporte efectuado, es dato del contrato social o estatuto que asume esencial importancia en la medida en que constituye la única garantía ofrecida a los terceros para el cobro de sus créditos. En tal sentido, ha sido afirmado con toda razón que en las sociedades anónimas el capital social constituye la contrapartida de la limitación de la responsabilidad. Existe, pues, íntima vinculación entre el excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad y la función de garantía que cumple el capital social, sobre el cual los administradores de la compañía carecen de todo poder de disposición, pues tal beneficio sólo cobra sentido cuando la sociedad cuenta con un capital social suficiente para satisfacer sus obligaciones. Puede, entonces, afirmarse que las sociedades anónimas infracapitalizadas constituyen una burda caricatura de lo que debe entenderse por sociedades anónimas y se convierten en instrumento de fraude para los terceros, cuya protección debe ser prioritaria en toda legislación que reglamente el funcionamiento de las sociedades comerciales”*.

(9) V. Fontanarrosa, Rodolfo, *Derecho comercial argentino*, t. I, p. 328.

(10) *Todas las sociedades deben confeccionar los estados contables anuales con arreglo a lo que resulta de los arts. 48, 49, 51 y 52 C.Com., mientras que las*

forma de probar su diligencia ante la carga que impone al gestor el art. 59 L.S.C. consistente entre otras tareas, precisamente en la correcta registración contable ⁽¹¹⁾, que no es más que la precisa delimitación de activos y pasivos ⁽¹²⁾.

E. Partiendo de la certeza que las formas que generan responsabilidad y que importan ejercicio abusivo de la personalidad jurídica, han de ser de interpretación restrictiva ⁽¹³⁾, hemos de considerar la forma de acreditar la existencia o no de dichos presupuestos, veamos:

1. *Actuación en interés personal*: En este rumbo una persona física o jurídica, actuó bajo la apariencia de la fallida realizando actos en interés personal -o sea extrasocietario-; y ello se consumaría mediante el uso de bienes sociales, sean estos materiales o inmateriales y, por ser simulado, en fraude a los acreedores ⁽¹⁴⁾. Y cuando hablamos

sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada deben cumplir con la misma obligación conforme los arts. 63 y 65 ley 19.550 (CNCom., Sala B, 13/9/1982, "Laberdolive, Jaime v. Kuhlmann de Laberdolive, Ana V. y otra) J.A., 1984-I-622.

(11) *El gerente de la sociedad debe conservar los bienes sociales, mantenerlos en el patrimonio social, justificar su transmisión y mantener su producido en el activo, o bien dar cuenta de su destino o aplicación por medio de su registro en la contabilidad legal.* (CNCom., Sala B, 15/9/1995, "Freiberg de Wainstein, Elena B. v. Rogoznicki, Benjamín) J.A., 1996-III.

(12) *El administrador debe mantener en el activo los bienes sociales, cuidando su conservación y existencia a disposición de la entidad; y deberá justificar esa operación en la contabilidad legal* (CNCom., Sala B, 31/8/1995, "Hausan S.A. s/ Quiebra v. Trabollini, Pedro, Ord.).

(13) *La interpretación de la causal del art. 165 inc. 1 de la L.C., debe ser estricta, la apreciación de la prueba pertinente rigurosa, no pudiendo inferirse fraude en perjuicio de los acreedores por el solo hecho de existir una vinculación empresaria entre la fallida y la entidad hipotéticamente controlante. La extensión de la quiebra debe considerarse con carácter restrictivo, si bien lo refiere concretamente a la imposibilidad de extender la quiebra de oficio* (Zeus R. 11, p. 247); Cámara C. y C. Concordia (E.R.) 14/3/97, "Bertoni Hnos. S.R.L. s/ Concurso Prev. - Hoy quiebra - Incidente de extensión de quiebra a Cinquial S.A.", Colección Zeus, t. 77- J- 403.

(14) Osvaldo Maffia, en este punto analizaba la norma del art. 165 inc. 1, hoy 161 inc. 1, aclarando que esta norma admitía su origen en el Código de Comercio francés, reformado en 1955, pero cuya vigencia hoy resulta indiscutible. (*Derecho concursal*, Bs. As., t. II, p. 402).

de uso o aprovechamiento de bienes sociales, nos estamos refiriendo a cualquier forma de desplazamiento patrimonial desde el patrimonio de la insolvente a favor del peculio *in bonis* ⁽¹⁵⁾. Va de suyo que en este contexto, las registraciones contables se han de convertir en la prueba preferida para demostrar la existencia de dichas maniobras.

2. *Abuso del control*: Conforme a la disposición tipificante del art. 161 inc. 2), sub-incs. a y b L.S.Q., sólo cabe la extensión en el supuesto control interno, sea este de hecho o de derecho (art. 33 inc. 1 L.S.C.), en razón de a simetría habida entre la norma societaria y la concursal. Entonces, la controlante puede ser física o ideal. Asimismo, no es suficiente la sola existencia de control. Aquí también es imperioso que se haya desviado el interés social de la controlada. Pero en este supuesto, el instrumento es el ejercicio del control social ⁽¹⁶⁾, y, a su vez, el desvío del interés social habrá de responder a una dirección unificada, ora a favor de la controlante, ora a favor del grupo ⁽¹⁷⁾. Aquí también, los registros de las comprometidas han de adquirir un peso probatorio trascendente.

3. *Confusión patrimonial inescindible*: Lo dicho porque, tomando el caso de la confusión patrimonial inescindible, podemos ver en abstracto -que- la mera existencia de conjunto económico, o de vinculación entre sociedades, o de socios comunes, o de domicilio único, o de ciertas operaciones recíprocas, o de activos de unas sociedades que concuerdan con pasivos de otras (relación de acreedores/deudores) no son, siempre y *per se*, reveladores del supuesto excepcional de extensión de quiebra por confusión patrimonial inescindible. Porque

(15) *Es procedente la extensión de la quiebra de una sociedad de responsabilidad limitada fallida a los socios gerentes cuando emplearon los fondos obtenidos por el pago de un siniestro de la fallida a un destino distinto del anunciado al solicitar su entrega. Es decir que dispusieron de los fondos como si fueran propios, cuando debieron tener un fin societario* (Truxum S.R.L.- s/ quiebra s/ extensión de la quiebra a Meledy, José Luis y otro", CNCom., Sala E, 16/5/02).

(16) Entendemos que el desvío del interés social, es el resultado del ejercicio abusivo del control, o sea que el resultado es el primero y el segundo la herramienta.

(17) Miguens, Héctor J. (RDCO, 1997, p. 241), en Alternativas a los sistemas de extensión de la quiebra en los grupos de sociedades (v. doctrina y jurisprud. allí citadas).

es característico de la extensión de quiebra por confusión patrimonial inescindible, la manipulación o el manejo negocial promiscuo de los distintos sujetos involucrados, y la forma de exteriorizar esta especial situación es mediante la interpretación que resulta de las registraciones contables, porque: El estado de origen y aplicación de los fondos de cada entidad es de particular importancia para revelar la existencia de confusión patrimonial inescindible ⁽¹⁸⁾.

(18) Cámara C. y C. Rosario (S.F.), Sala 1ª integrada, 16/6/00, "Goñi & Travella y Cía. S.R.L. - Quiebra c/ Cerealco S.R.L. y ot. s/ Extensión de quiebra", Colección Zeus, t. 88. R-535 (Zeus R. 13, p. 269).